

Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda

Rosa Milà Rafel

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El artículo 149 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias introduce un régimen de responsabilidad objetiva del constructor y el promotor profesionales por los daños causados por defectos en la vivienda cuando éstos no sean resarcibles conforme a un régimen legal específico. Si bien el nuevo artículo 149 TRLCU permite al perjudicado obtener la indemnización de determinados daños distintos a los incluidos en el régimen de responsabilidad del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación -daños materiales a bienes de uso privado distintos al propio inmueble y daños corporales - no le proporciona el derecho al resarcimiento de todos los daños y perjuicios derivados del amplio concepto de ruina definida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad ex artículo 1591 CC -entre otros, los daños morales y daños materiales a bienes empresariales-. Para obtener su reparación el perjudicado deberá acudir a las acciones generales de responsabilidad contractual y extracontractual del Código civil, cuyo ejercicio el art. 128, 2º párrafo, TRLCU deja a salvo en todo caso.

Article 149 of the Spanish Consumer Protection Act attaches a strict liability regime to professional builders and developers for some damages caused by construction defects in dwellings when those are not compensable according to other specific regulations. Under article 149 of the Spanish Consumer Protection Act a victim is entitled to claim for compensation of certain damages different from those included in article 17 of the Spanish Act 38/1999 on Construction Regulations -property damages caused to private goods different from the building itself and personal injuries- but not compensation of other damages that the Spanish Supreme Court had included in the old judicial doctrines on liability for ruin ex article 1591 of the Spanish Civil Code -among others, pain and suffering and property damages to goods used in business activities-. To obtain compensation of the latter plaintiffs shall claim based on contractual liabilities and remedies or on tort action, which are compatible with the article 149.

Title: Article 149 of the Spanish Consumer Protection Act: liability of builders and developers for damages caused by construction defects in dwellings

Palabras clave: responsabilidad objetiva; responsabilidad por defectos constructivos; constructor; promotor

Keywords: strict liability; liability for damages caused by construction defects; builder; developer

Sumario

1. El art. 149 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: regulación vigente, su ámbito de aplicación temporal y constitucionalidad
 - 1.1. El nuevo art. 149 TRLCU y su ámbito de aplicación
 - 1.2. Constitucionalidad del art. 149 TRLCU
 - 1.2.1. Alcance de la delegación legislativa de la Ley 44/2006
 - 1.2.2. ¿Exceso del Gobierno en el ejercicio de la delegación legislativa en materia de responsabilidad por daños causados por la vivienda?
2. Régimen de responsabilidad del art. 149 TRLCU
 - 2.1. Responsabilidad objetiva y limitada del art. 148 TRLCU
 - 2.2. Sujetos protegidos: “todo perjudicado”
 - 2.3. Sujetos responsables: constructor y promotor profesionales
 - 2.3.1. Constructor y promotor
 - 2.3.2. Requisito de profesionalidad
 - 2.4. Responsabilidad solidaria e intervención de tercero
 - 2.5. Daños indemnizables
 - 2.5.1. Daños originados por defectos de la vivienda
 - 2.5.2. Daños no cubiertos por un régimen legal específico
 - 2.5.3. Daños de naturaleza material o personal, con exclusión de los morales
 - 2.6. Plazo de prescripción
3. Relación del art. 149 TRLCU con el régimen de responsabilidad de la LOE, otros regímenes contenidos en el propio TRLCU y la responsabilidad contractual y extracontractual del Código civil
 - 3.1. Relación con la responsabilidad de la LOE
 - 3.2. Relación con otros regímenes de responsabilidad contenidos en el propio TRLCU
 - 3.2.1. Responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos (art. 148 TRLCU)
 - 3.2.2. Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (arts. 135 y ss. TRLCU)
 - 3.3. Relación con la responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil (art. 128, 2º párrafo, TRLCU)
 - 3.3.1. Responsabilidad contractual
 - 3.3.2. Responsabilidad extracontractual
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. El art. 149 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: regulación vigente, su ámbito de aplicación temporal y constitucionalidad

1.1. El nuevo art. 149 TRLCU y su ámbito de aplicación

El 1 de diciembre de 2007 entró en vigor el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias](#) (en adelante, TRLCU),¹ cuyo Libro tercero, relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos de la [Ley 22/1994, de 6 de julio](#) (en adelante, Ley 22/1994),² y las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en el Capítulo VIII de la [Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) (en adelante, LGDCU).³

El Libro tercero del TRLCU dedica el Capítulo II de su Título II a las disposiciones específicas aplicables a la responsabilidad civil por daños causados por bienes otros bienes y servicios defectuosos.⁴ El legislador ha incluido en este capítulo un nuevo precepto, que carece de un precedente claro en la derogada LGDCU. El art. 149 TRLCU, rubricado “Responsabilidad por daños causados por la vivienda”, señala que:

“Será aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico.”

De este modo, el art. 149 TRLCU introduce en la legislación sobre protección de los consumidores un régimen de responsabilidad objetiva del constructor y del promotor profesionales por los daños causados por defectos constructivos en la vivienda cuando éstos no sean resarcibles conforme a un régimen legal específico y, en concreto, según el régimen de responsabilidad legal de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE).⁵

¹ Disposición final segunda RDL 1/2007 (BOE núm. 287, de 30.11.2007).

² BOE núm. 161, de 7.7.1994.

³ BOE núms. 175 y 176, de 24.7.1984.

⁴ Con la expresión “otros bienes” el legislador alude a todos aquellos bienes excluidos del concepto de producto establecido en el art. 134 TRLCU, según el cual “a efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”. Sobre el concepto de producto del art. 134 TRLCU véase SEUBA TORREBLANCA (2008, pp. 105-133).

⁵ BOE núm. 266, de 6.11.1999.

A falta de una disposición transitoria específica en el TRLCU que establezca el momento relevante para la aplicación del régimen de responsabilidad por daños causados por defectos de la vivienda, debe entenderse como criterio determinante el momento de la causación del daño. En consecuencia, el art. 149 TRLCU se aplica a los daños causados por defectos de la vivienda con posterioridad al 1 de diciembre de 2007.

1.2. Constitucionalidad del art. 149 TRLCU

1.2.1. Alcance de la delegación legislativa de la Ley 44/2006

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de protección de los consumidores y usuarios (en adelante, Ley 44/2006),⁶ habilitó al Gobierno para refundir, aclarar y armonizar en un único texto la legislación relativa a la protección de los consumidores y usuarios. En virtud de dicha habilitación aprobó el TRLCU mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007.

La disposición final quinta de la Ley 44/2006 "(...) habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, *regularizando, aclarando y armonizando* los textos legales que tengan que ser refundidos" [énfasis añadido].

Los límites del mecanismo de delegación legislativa del art. 82.5 CE,⁷ en este caso, para refundir varios textos legales en uno solo, han suscitado dudas acerca de la constitucionalidad de algunos artículos del TRLCU y, en especial, de su Libro III.⁸

En materia de protección del consumidor en el mercado inmobiliario, el legislador no sólo no ha refundido en el TRLCU gran parte de la normativa vigente,⁹ sino que ha incorporado el art. 149, que carece de precedente explícito en nuestro ordenamiento jurídico. La ausencia de un antecedente claro en alguna de las leyes refundidas por el TRLCU lleva a plantearnos la posible

⁶ BOE núm. 312, de 30.12.2006.

⁷ El art. 82.5 CE prevé que "[l]a autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos".

⁸ Véase MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2008).

⁹ En este sentido, CARRASCO PERERA (2008, p. 2216), quien cita como ejemplos, la normativa reglamentaria de calidad y seguridad y tipificación y procedimiento sancionador. GÓNZALEZ CARRASCO (2008, p. 1) pone de relieve que "refundir la normativa inmobiliaria en el TRLCU habría provocado el efecto de dejar fuera del alcance de la protección a un sector actualmente protegido (ej. adquisiciones por parte de personas jurídicas, adquisición dirigida a la reinversión), cuya inclusión en toda la normativa protectora distinta del RD 515/1989 es indiscutible, y habría significado agrupar bajo el título competencial de consumo una normativa dictada al amparo de otros títulos en que el Estado ostenta una competencia básica (obligaciones contractuales, salud, seguridad, ordenación del crédito) de la que, en materia de consumo, carece."

vulneración, por exceso, de los límites de la delegación legislativa establecidos por la Ley 44/2006, incurriendo, de este modo, en *ultra vires*.¹⁰

“Regularizar, aclarar y armonizar”, según la STC 13/1992, Pleno, de 6 de febrero (MP: Álvaro Rodríguez Bereijo; BOE núm. 54, de 3.3.1992; FD 16) son términos “que, siendo entre sí sustancialmente equivalentes, permiten, incluso, en la tarea refundidora, introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido.” Sin embargo, dicho mandato no autoriza al Gobierno a realizar modificaciones sustanciales de la legislación objeto de refundición.¹¹

En la doctrina, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008, p. 262) afirman que refundir, aclarar y armonizar no es una tarea mecánica sino “que permite la explicitación de normas subsidiarias allí donde existían lagunas legales”. En concreto, según SANTAMARÍA PASTOR (2002, p. 294), el término “aclarar” “supone la posibilidad de introducir normas adicionales a las refundidas que permiten colmar lagunas, precisar su sentido y lograr la coherencia del texto (STC 13/1992)”.

Antes de entrar en el objeto de análisis de este apartado, el exceso del mandato del refundidor respecto del art. 149 TRLCU, conviene señalar que para la delimitación del régimen jurídico de este precepto debemos acudir a las disposiciones comunes en materia de responsabilidad (Capítulos I y II, Título I, Libro III TRLCU), aplicables a todas las acciones reconocidas en el Libro III TRLCU, esto es, tanto a la responsabilidad civil por productos defectuosos como por otros bienes y servicios. Dichas disposiciones provienen de la Ley 22/1994 y, como se señala más adelante, su aplicación a la responsabilidad por otros bienes y servicios supone una reducción sustancial del ámbito de protección del régimen legal vigente con anterioridad a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007.¹²

1.2.2. ¿Exceso del Gobierno en el ejercicio de la delegación legislativa en materia de responsabilidad por daños causados por la vivienda?

a) Posiciones doctrinales

En la doctrina sobre el nuevo art. 149 TRLCU no hay una respuesta unitaria acerca de si la introducción del art. 149 en el TRLCU está justificada por ser la explicitación de normas allí donde existían lagunas legales, o si, por el contrario, el precepto constituye una innovación libre

¹⁰ La fiscalización del *ultra vires*, según declara la STC 159/2001, Pleno, de 5 de julio (MP: Guillermo Jiménez Sánchez; BOE núm. 178, de 27.7.2001), “puede corresponder no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos Legislativos a las Leyes de delegación se deduce del art. 82.6 de la Constitución; así lo ha entendido este Tribunal Constitucional en la Sentencia de 19 de julio de 1982 (STC 51/1982), y posteriormente en el Auto de 17 de febrero de 1983 (ATC 69/1983) y STC 47/1984, de 4 de abril, F. 3.”

¹¹ MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2008, pp. 83 y ss.).

¹² *Ibidem*.

del ordenamiento jurídico, lo que supondría un exceso de los límites materiales a la delegación legislativa que prevé el art. 82.5 CE.

Algunos autores consideran que el art. 149 TRLCU va más allá de la mera refundición y aclaración de las reglas existentes en el CC y en la LOE sobre responsabilidad en la construcción, de las que no se puede deducir el régimen contenido en el precepto.¹³ Sin embargo, otra sector de la doctrina estima que el art. 149 TRLCU puede deducirse del Capítulo VIII LGDCU (arts. 25 a 31), que establecía un régimen de responsabilidad por los daños y perjuicios que “el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios” pudieran causar a los consumidores y usuarios, excepto cuando hubieran sido ocasionados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que debiera responder civilmente.¹⁴

b) Aplicación del régimen de responsabilidad por bienes y servicios defectuosos de la LGDCU a los daños causados por inmuebles con anterioridad al TRLCU

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, los perjudicados por daños causados por vicios y defectos constructivos no basaban sus pretensiones en los arts. 25 y ss. de la LGDCU, pues la amplia interpretación que el TS había realizado del art. 1.591 CC ya les daba una protección satisfactoria.¹⁵ La jurisprudencia sobre responsabilidad por ruina extendía la indemnización a todos los daños y perjuicios causados por la ruina, incluyendo, por tanto, no sólo los daños materiales causados en el edificio, sino también los daños corporales y morales, así como el lucro cesante. Sin embargo, la posible aplicabilidad de los arts. 25 y ss. LGDCU al resarcimiento de los daños causados por bienes inmuebles se planteó con más fuerza tras la entrada en vigor de la LOE, como medio para satisfacer los vacíos de protección de la nueva Ley y, en especial, la limitación del art. 17.1 LOE al resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio.¹⁶

¹³ En efecto, según afirma GONZÁLEZ CARRASCO (2008, p. 15), el art. 149 introduce un tipo de responsabilidad “que, lejos de constituir la tipificación en clave consumerista de las reglas preexistentes sobre responsabilidad por daños a las edificaciones en la LOE o derivados de los defectos de las edificaciones en el Código Civil, va más allá de las obligaciones impuestas al promotor inmobiliario por la normativa existente”. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA (2008, p. 2216) califica el precepto de “sin precedentes explícitos y sin que la regla que expresa constituya una inferencia legítima del régimen hasta ahora existente. El artículo 149 TR no puede considerarse una simple relga de estilo”. Por último, BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (2008, p. 727) opinan que “ (...) se ha sembrado la enorme duda acerca de la legalidad de la propia disposición en un texto habilitado para mera aclaración y refundición”.

¹⁴ En este sentido se pronuncia PARRA LUCÁN (2008, pp. 520 a 523). Aunque, con anterioridad a la aprobación del art. 149 TRLCU, opinan que puede plantearse la responsabilidad por vicios constructivos al amparo de la LGDCU, TAPIA GUTIÉRREZ (2000, p. 38); MORENO-TORRES HERRERA (2002, p. 332); SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2003, pp. 1224 a 1225); ORTI VALLEJO (2006, p. 1892); y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, p. 395, nota al pie núm. 660), aunque esta última sólo “para edificios que no entren en el ámbito de aplicación de la LOE”.

¹⁵ PARRA LUCÁN (2008, p. 520).

¹⁶ Asimismo, ambos regímenes presentan fundamentalmente las siguientes diferencias: 1) La doctrina jurisprudencial del art. 1.591 CC incluye dentro de la garantía decenal un concepto amplio de ruina, mientras que el art. 17 LOE restringe la garantía decenal a los daños materiales causados por vicios o defectos que afecten a

Una sector de la jurisprudencia menor mantiene la subsistencia de la doctrina sobre responsabilidad por ruina respecto de aquellos supuestos no cubiertos por la LOE, pero incluidos en su ámbito de aplicación temporal. Con todo, existen argumentos determinantes en contra de la postura anterior.

En primer lugar, la aprobación de la LOE ha supuesto un cambio en el soporte legislativo en el cual se basaba la jurisprudencia sobre responsabilidad por ruina del Tribunal Supremo *ex* art. 1591 CC que ha quedado, en consecuencia, deslegitimada en los puntos señalados. El cambio legislativo exige el ajuste de la doctrina jurisprudencial al nuevo derecho vigente, pues en otro caso, su aplicación a los supuestos no cubiertos por la LOE podría calificarse de “*contra legem*” [CARRASCO PERERA (2000, p. 4); OTI VALLEJO (2008, p. 1174); y SALA SÁNCHEZ (2008, p. 569)].

Asimismo, la aplicación de la citada jurisprudencia en los casos no cubiertos por la LOE debe ser rechazada por implicar consecuencias ilógicas e incoherentes. En este sentido, supuestos de menor relevancia práctica estarían sujetos a un amparo mayor por estar sometidos, con independencia del tipo de daño, al plazo de garantía de diez años del art. 1.591, 1^{er} párrafo, CC, mientras que a las situaciones que en opinión del legislador merecen una protección superior se les aplicarían plazos de garantía de diez, tres y un año, según el tipo de defecto, entre otras diferencias [CARRASCO PERERA (2000, pp. 6 y ss.) y MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, pp. 350 y ss.)].

Si bien algunos autores, como MORENO-TORRES HERRERA (2002, p. 332), defendieron la compatibilidad de las acciones previstas en la LOE y en la LGDCU,¹⁷ otros, como MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007, pp. 394 y ss.) consideraron que dicha compatibilidad supondría que la LOE, pese a ser ley especial y posterior, se vería claramente superada por la responsabilidad del art. 28 LGDCU pues, aunque ambas normas establecen una responsabilidad objetiva, la LGDCU contempla plazos de prescripción más amplios. Este inconveniente ha desaparecido con la previsión expresa del art. 149 *in fine* TRLCU, según la cual su régimen de responsabilidad sólo es aplicable cuando los daños ocasionados por defectos de la vivienda no estén cubiertos por un régimen legal específico.

c) En especial, aplicación del art. 28 LGDCU a los daños causados por inmuebles con anterioridad al TRLCU y la limitación del art. 149 TRLCU a los causados por viviendas

Aunque mantengamos que los bienes inmuebles estaban incluidos en las disposiciones sobre responsabilidad del Capítulo VIII LGDCU, éste se estructuraba en dos preceptos principales que preveían dos regímenes de responsabilidad diferentes:

elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia y la estabilidad del edificio.; 2) El concepto de edificio, que fue interpretado de manera amplia por la jurisprudencia sobre responsabilidad por ruina del Tribunal Supremo, se limita en el art. 2.2.a) LOE, que excluye las construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta; 3) La LOE establece tres plazos de garantía de diez, tres o un año en función del tipo de vicio o defecto - estructural, habitacional o de acabado, respectivamente-, mientras que en el régimen del artículo 1.591 CC la ruina debe producirse dentro del plazo de garantía de diez años; y 4) Manifestado el daño, el plazo de prescripción de la acción es de 2 años en la LOE (art. 17) y de 15 años en el art. 1.591 CC (art. 1.964 CC).

¹⁷ Excepto en el resarcimiento de los defectos de acabado.

- El art. 26 LGDCU establecía un régimen general de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba para los daños causados a consumidores y usuarios por productos y servicios.¹⁸
- El art. 28 LGDCU preveía una regla de responsabilidad objetiva del productor, importador, suministrador o vendedor final por los daños causados por bienes o servicios que incluyeran, ya fuera por su propia naturaleza o por estar reglamentariamente exigido, una garantía de pureza, eficacia o seguridad.

La dificultad que se plantea es determinar en cuál de estos dos regímenes de responsabilidad estaban incluidos los daños causados por defectos en los inmuebles. Si bien el art. 28.2 LGDCU no mencionaba expresamente a los inmuebles,¹⁹ la enumeración del precepto no era exhaustiva, sino que se encontraban sujetos al régimen de responsabilidad objetiva los bienes y servicios en la medida que, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyeran necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad.

Los inmuebles pueden incluirse dentro de esta categoría de bienes pues las edificaciones están sometidas a un estricto control de calidad²⁰ -deben reunir los requisitos básicos de la edificación establecidos en el art. 3 LOE, desarrollados por el Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo-²¹.

Sin embargo, la escasa jurisprudencia menor sobre la materia ha condenado a la promotora de viviendas que presentaban defectos con base en el régimen de responsabilidad de los arts. 26 y 27.1.a) LGDCU [SSAP Segovia, Civil, Sec. 1ª, 11.7.2006 (AC 2006\1298; MP: Pilar Álvarez Olalla); Burgos, Civil, Sec. 3ª, 13.9.2005

¹⁸ En efecto, correspondía en todo caso al productor, importador, suministrador o vendedor final del producto o servicio la prueba de la observancia de la diligencia reglamentariamente exigida y aquella otra que, sin encontrarse reglamentariamente impuesta, fuera exigible de acuerdo con la naturaleza del producto, servicio o actividad. Por su parte, el art. 27 LGDCU definía el ámbito de responsabilidad de cada uno de los anteriores agentes económicos y, para el caso de que concurrieren varios de ellos a la producción del daño, disponía una regla de responsabilidad solidaria, sin perjuicio de que cada uno de los agentes pudiera reclamar contra el resto en vía de repetición.

¹⁹ En todo caso, estaban sujetos a este régimen de responsabilidad “los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños” (art. 28.2 LGDCU).

²⁰ En este sentido PARRA LUCÁN (2008, p. 519), quien afirma que “puestos a admitir en el ámbito del Capítulo VIII de la LGDCU a los inmuebles, no parece que pudiera existir gran dificultad en considerarlo como uno de los bienes y servicios en los que es exigible un nivel de garantía de seguridad tal que, usados correctamente, no provocan daño.” En contra, TAPIA GUTIÉRREZ (2000, p. 38) y ORTÍ VALLEJO (2006, p. 1892) quienes opinan que la responsabilidad por daños inferidos a un consumidor (de edificios) se incardinaba en el régimen de responsabilidad general de los arts. 26 y 27 LGDCU.

²¹ BOE núm. 74, de 28.3.2006, modificado por medio del RD 1371/2007, de 19 de octubre, BOE núm. 254, de 23.10.2007.

(JUR 2005\240480; MP: Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia); y Burgos, Civil, Sec. 3ª, 8.7.2005 (JUR 2005\213636; MP: Ildefonso Barcalá Fernández de Palencia)].

En este sentido, el refundidor del TRLCU ha decidido incluir ciertos bienes inmuebles dentro del régimen de responsabilidad objetiva, si bien el art. 149 TRLCU sólo alude a aquellos estrictamente destinados a vivienda, por lo que se excluyen del ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad por bienes y servicios defectuosos del Libro III del TRLCU los inmuebles no destinados a vivienda. Esta alteración substancial del régimen legal vigente con anterioridad a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007 supone un exceso del Gobierno en el ejercicio de la delegación legislativa.²²

2. Régimen de responsabilidad del art. 149 TRLCU

2.1. Responsabilidad objetiva y limitada del art. 148 TRLCU

El art. 149 TRLCU somete al constructor y al promotor de viviendas al régimen de responsabilidad establecido en el art. 148 TRLCU -antiguo art. 28 LGDCU-. Este último diseña un régimen de responsabilidad objetiva, que hace responder a los prestadores de servicios por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios en el uso correcto de determinados servicios.

En concreto, el art. 148 TRLCU enumera a aquéllos que “por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario” y, en todo caso, añade el apartado 2ª del artículo, “los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, *servicios de rehabilitación y reparación de viviendas*, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte” [énfasis añadido].

En consecuencia, la responsabilidad de los profesionales que construyan o comercialicen viviendas por los daños ocasionados por defectos de la vivienda tiene carácter objetivo, pues sólo cabe exoneración de responsabilidad cuando la causa del daño haya sido el uso incorrecto del inmueble por parte del perjudicado. Asimismo, el art. 148, párrafo 3º, TRLCU mantiene el límite indemnizatorio de 3.005.060,52 euros fijado en el antiguo art. 28.3 LGDCU, por lo que la responsabilidad del constructor y promotor profesionales está limitada cuantitativamente.

2.2. Sujetos protegidos: “todo perjudicado”

“Todo perjudicado” por los daños ocasionados por defectos de la vivienda está legitimado activamente para el ejercicio de la acción que regula el art. 149 TRLCU, de conformidad con lo

²² En este sentido, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2008, p. 88).

establecido en el art. 128.1 TRLCU.²³ No es necesario, por tanto, como exigía el antiguo art. 25 LGDCU, que el perjudicado sea, a su vez, consumidor y usuario del bien.

El art. 128 TRLCU corrige de esta forma una de las insuficiencias más criticadas de la antigua Ley,²⁴ que excluía de su ámbito de protección a los terceros o *bystanders*, esto es, a aquellas personas que, no siendo consumidores o usuarios, sufren un daño derivado del bien o del servicio consumido, normalmente por razón de la proximidad física.²⁵

2.3. Sujetos responsables: constructor y promotor profesionales

2.3.1. Constructor y promotor

Los sujetos responsables bajo el régimen del art. 149 TRLCU son “quienes construyan o comercialicen viviendas”, típicamente, el constructor y el promotor inmobiliarios, siempre que actúen “en el marco de una actividad empresarial”.

Queda abierta la cuestión si la expresión “quienes comercialicen” incluye, además, al vendedor no promotor que ha comprado la vivienda a manos del promotor para transmitirla a terceros en el marco de una actividad empresarial. La falta de consideración de los vendedores no promotores como agentes de la edificación en la LOE,²⁶ unida a su intervención una vez finalizado en el proceso constructivo, hacen pensar que la responsabilidad del art. 149 TRLCU no les es aplicable.

2.3.2. Requisito de profesionalidad

A diferencia de la LOE, que configura un concepto amplio de promotor, al cual atribuye las responsabilidades previstas en su art. 17,²⁷ el art. 149 TRLCU exige que este agente sea un

²³ Según el art. 128.1 TRLCU “[t]odo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”.

²⁴ En este sentido, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2005, p. 199).

²⁵ Así los define BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1992, p. 715), aunque el autor considera, en una interpretación amplia del art. 28 LGDCU, que éste incluye a los *bystanders*.

²⁶ Los arts. 8 a 16 LOE regula los agentes siguientes: el promotor, el proyectista, el constructor, el director de la obra, el director de ejecución de la obra, las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación, los suministradores de productos y los propietarios y usuarios.

²⁷ El art. 9.1 LOE establece que es promotor “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”. Asimismo, el art. 17.4 LOE equipara a la figura del promotor a efectos de la Ley aquellas “personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u figuras análogas”.

profesional del mercado inmobiliario, siendo coherente con la finalidad del TRLCU de regular las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios (art. 2). En consecuencia, carecen de legitimación pasiva en la acción del art. 149 TRLCU:

a) El autopromotor individual.

Entendido como la persona física o jurídica, que de forma individual, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, la construcción de una vivienda para ser destinada exclusivamente al uso y disfrute propio y de su unidad familiar.

b) El autopromotor colectivo que construye agrupado en comunidad de propietarios.

Siempre que la comunidad surja por agrupación espontánea de sus miembros, quienes en principio no se dedican profesionalmente al mercado inmobiliario. No obstante, el origen real de la comunidad de propietarios no se encuentra, generalmente, en la iniciativa de los particulares que la forman, sino en la de un profesional promotor o gestor de comunidades, que el art. 17.4 LOE equipara a la figura del promotor.

Sin embargo, responden por el régimen de responsabilidad del art. 149 TRLCU:

a) Las cooperativas de viviendas, pues, con independencia de que intervenga en su gestión una promotora o gestora de cooperativas, tales entidades desarrollan una actividad de carácter empresarial, aunque sin ánimo de lucro.²⁸

Así, el art. 1.1 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170, de 17.1.1999) define a la cooperativa como “(...) una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de *actividades empresariales*, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley” [énfasis añadido].

b) El promotor o gestor de comunidades de propietarios o de cooperativas de viviendas, cuando “a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores” (art. 17.4 LOE).

A pesar de que el art. 149 TRLCU no menciona de modo expreso al promotor o gestor de comunidades, se debe tener en cuenta el concepto de promotor definido en la LOE, como ley especial que regula los aspectos esenciales de la edificación, a la hora de atribuirle responsabilidad con base en el artículo analizado.

²⁸ En este sentido, CORDERO LOBATO (2005, p. 204) y ABRIL CAMPOY (2003, pp. 1241-1242) quien cita a CADARSO PALAU (1996, p. 125).

2.4. Responsabilidad solidaria e intervención de tercero

Según el art. 132 TRLCU, cuando sean varios los responsables de un mismo daño -cuando el promotor y el constructor de la vivienda con defectos sean dos personas distintas o cuando haya intervenido en el proceso de edificación más de un constructor o promotor- responden solidariamente ante los perjudicados por todo el daño causado, con independencia de su contribución al mismo y sin perjuicio del derecho a repetir frente al resto de corresponsables solidarios en la relación interna.

El precepto anterior se complementa con el art. 133 TRLCU, que prevé la posibilidad de exigir responsabilidad al promotor o al constructor aunque el daño se deba, en parte, a la intervención de un tercero, si bien éstos, una vez satisfecha la indemnización, podrán reclamar al tercero la cantidad que corresponda.

2.5. Daños indemnizables

El TRLCU no protege un “interés de integridad” de los perjudicados por daños derivados de defectos de la vivienda, pues aunque se den todos los presupuestos del régimen de responsabilidad no todas las consecuencias dañosas que resulten son indemnizables.²⁹ Los daños resarcibles en virtud del régimen de responsabilidad objetiva del art. 149 TRLCU son los “ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico” que, además, reúnan los requisitos de los arts. 128, 2º párrafo y 129.1 TRLCU, que tienen el carácter de disposiciones generales comunes en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos.

El ámbito de aplicación del nuevo precepto se limita a los casos en que se den los requisitos que se detallan en los apartados siguientes.

2.5.1. Daños originados por defectos de la vivienda

En primer lugar, que los daños tengan su origen en defectos de la vivienda. El artículo no distingue entre clases de vicios -cfr. art. 17.1 LOE, que se refiere a vicios o defectos estructurales, habitacionales y de terminación o acabado-, por lo que el art. 149 TRLCU se aplica con independencia del tipo de vicio o defecto constructivo causante del daño. No obstante, sí limita la responsabilidad al tipo de inmueble afectado, que sólo procederá cuando la edificación se destine a vivienda, y no a una actividad diferente, pues el propósito del precepto es proteger a quien usa un inmueble con “un fin personal, familiar o doméstico”.³⁰

El concepto de vivienda se determina por el uso al que se destina el inmueble. Es orientativa la Resolución-Circular de 3.12.2003 de la DGRN, dictada en interpretación de la disposición adicional segunda de la LOE, que establece la exención del seguro obligatorio para los casos de vivienda

²⁹ En el mismo sentido, pero respecto de productos defectuosos, GÓMEZ POMAR (2008, p. 664).

³⁰ En este sentido, PARRA LUCÁN (2008, p. 521).

unifamiliar construida por autopromotor. Según dicha Resolución, se destinan a vivienda: los edificios de viviendas de alquiler, los edificios en régimen de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, ya sean como segunda o tercera residencia, así como los edificios mixtos (oficinas-viviendas) si el destino principal del edificio es el de vivienda, incluso en aquellos supuestos en que el número de oficinas sea superior al de viviendas. En cambio, no tienen la consideración de vivienda: las residencias sanitarias, los alojamientos hoteleros, las residencias de estudiantes, de la tercera edad y otras de carácter residencial.

2.5.2. Daños no cubiertos por un régimen legal específico

En segundo lugar, el art. 149 TRLCU exige que los daños ocasionados por defectos de la vivienda no estén cubiertos por un régimen legal específico. Se excluyen de su régimen de responsabilidad los daños materiales en el propio edificio o en parte de él por los vicios o defectos del art. 17.1 LOE, pues los costes de reparación de la material de la obra son daños manifiestamente cubiertos por el régimen legal específico de la LOE. Paralelamente a lo que establece el art. 142 TRLCU respecto de los daños causados por productos defectuosos, que excluye los daños causados en la propia cosa defectuosa.³¹

2.5.3. Daños de naturaleza material o personal, con exclusión de los morales

Por último, se exige que el daño sea de naturaleza material o personal, incluida la muerte, pero se excluyen en todo caso los daños morales³² (arts. 128, 2º párrafo,³³ y 129.1³⁴ TRLCU).

a) Daños de naturaleza material (129.1 TRLCU)

En el caso de los daños materiales causados en bienes o servicios es necesario, además, un doble requisito: que los bienes o servicios se destinen objetivamente al uso o consumo privados, y que hayan sido utilizados principalmente en tal concepto por el perjudicado (art. 129.1 TRLCU).

³¹ CARRASCO PERERA (2008, pp. 6 y 7).

³² En contra, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2008, pp. 96 y ss.) que consideran indemnizables los daños morales pues, en su opinión, la alusión del art. 128.II TRLGDCU al daño moral “se refiere a que el perjudicado puede reclamar en el marco de esos “otros dercho”, es decir, de las normas generales de responsabilidad contractual y extracontractual aplicables”.

³³ El 128, 2º párrafo, TRLCU prevé que “[l]as acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

³⁴ El art. 129.1. establece que “[e]l régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado.”

El *daño emergente* incluye:

- Los gastos en los que ha incurrido el perjudicado con ocasión del daño en los bienes por otros conceptos distintos a la reparación o reposición de la vivienda dañada por vicios o defectos como, por ejemplo, los gastos de traslado o alquiler sustitutivo por cambio de domicilio. Así como, los gastos derivados de la muerte o lesiones corporales, como los gastos médicos, etc.
- Los daños materiales en bienes muebles de uso privado situados en la vivienda o fuera de ella.
- Los daños ocasionados a inmuebles contiguos al edificio, siempre que sean viviendas. Por tanto, no están cubiertos los daños en edificios adyacentes destinados a otros usos.

Y el *lucro cesante*:

- Los beneficios dejados de obtener como consecuencia de los daños en bienes que se destinen objetivamente al uso o consumo privados y que hayan sido utilizados en tal concepto principalmente por el perjudicado. En consecuencia, se excluye el lucro cesante del propietario de la vivienda por los alquileres dejados de percibir, así como el derivado de la interrupción de la actividad profesional o empresarial por la imposibilidad de usar una oficina o local.
- Los beneficios dejados de obtener como consecuencia de la muerte o de las lesiones causadas por el defecto en la vivienda como, por ejemplo, la pérdida de rentas y salarios.

b) Daños de naturaleza personal (arts. 128, 2º párrafo,³⁵ y 129.1³⁶ TRLCU)

- Los *daños corporales* propiamente dichos, esto es, el menoscabo físico o psíquico que experimenta el propietario, el ocupante de la vivienda o un *bystander*, son indemnizables con independencia de las consecuencias patrimoniales y morales que deriven de la lesión.

³⁵ El 128, 2º párrafo, TRLCU prevé que “[l]as acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

³⁶ El art. 129.1. establece que “[e]l régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado.”

- Los *daños morales*, derivados de muerte, lesión personal o lesión de bienes, no son indemnizables, de conformidad con el art. 128, 2º párrafo, TRLCU, si bien éstos se podrán ver compensados mediante el sistema general de responsabilidad extracontractual o contractual.

En efecto, si bien el art. 149 TRLCU permite al perjudicado obtener la indemnización de determinados daños distintos a los incluidos en el art. 17.1 LOE, el precepto no pretende restablecer la responsabilidad por ruina del constructor y del promotor de la deslegitimada doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad *ex art. 1591 CC*, pues no otorga a la víctima del daño causado por vicios o defectos de la construcción un derecho al resarcimiento de todos los daños y perjuicios derivados de la amplia noción jurisprudencial de ruina.³⁷

2.6. Plazo de prescripción

El TRLCU no prevé el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad regulada en su art. 149 TRLCU, así como tampoco para el ejercicio de las acciones de responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos (arts. 147 y 148 TRLCU). Este problema ya se daba en la derogada LGDCU respecto de la responsabilidad civil regulada en los arts. 25 y ss. y ha sido objeto de análisis por la doctrina. Sin embargo, la complejidad de esta cuestión impide su tratamiento en profundidad en este artículo.

3. Relación del art. 149 TRLCU con el régimen de responsabilidad de la LOE, otros regímenes contenidos en el propio TRLCU y la responsabilidad contractual y extracontractual del Código civil

Otra de las cuestiones que plantea el art. 149 TRLCU es la de su relación con las acciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico sobre las que el perjudicado por daños causados por defectos constructivos puede fundamentar su pretensión de responsabilidad civil. Es decir, su coordinación con: a) el régimen de los arts. 17 y 18 LOE; b) otros regímenes de responsabilidad contenidos en el propio TRLCU –responsabilidad por servicios defectuosos o por productos defectuosos–; y c) la responsabilidad contractual y extracontractual.

El único criterio que el art. 149 TRLCU proporciona para su coordinación con otros regímenes de responsabilidad es su aplicabilidad en defecto de régimen legal específico que cubra los daños ocasionados por defectos de la vivienda.

³⁷ En contra, GONZÁLEZ CARRASCO (2008, p. 18), quien afirma que con el art. 149 TRLCU “el TR ha tratado de impedir (...), que al menos frente al promotor y al constructor, el perjudicado pierda el régimen exorbitante de responsabilidad de que gozaba con la recreación jurisprudencial del concepto de ruina recogido en el art. 1591 CC”; y BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (2008, p. 728), según los cuales “(...) lo que ha querido el legislador es reactivar la responsabilidad del constructor y el promotor por ruina del art. 1591 CC (...)”.

3.1. Relación con la responsabilidad de la LOE

Sin duda, el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación por daños materiales causados en el edificio o en parte de él por vicios y defectos constructivos del art. 17.1 LOE constituye un régimen de responsabilidad específico, por ello, como ya se ha examinado en el epígrafe anterior, cuando el daño ocasionado por un defecto de la vivienda sea resarcible conforme el régimen de responsabilidad de la LOE no será de aplicación el art. 149 TRLCU.³⁸

3.2. Relación con otros regímenes de responsabilidad contenidos en el propio TRLCU

El Libro III del TRLCU, relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, asocia diferentes regímenes de responsabilidad en función de la naturaleza del bien o servicio considerado defectuoso. En el caso de los bienes inmuebles: a) los daños causados por servicios de rehabilitación y reparación de viviendas defectuosos son resarcibles en virtud del régimen de responsabilidad especial del art. 148 TRLCU; b) los daños derivados de defectos que afectan a la vivienda también se indemnizan mediante el régimen del art. 148 TRLCU (art. 149 TRLCU); y c) los daños causados por bienes muebles, unidos o incorporados a bienes inmuebles, son indemnizables con base en el régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (arts. 135 a 146 TRLCU).

3.2.1. Responsabilidad por daños causados por servicios defectuosos (art. 148 TRLCU)

El art. 148 TRLCU regula un tipo de responsabilidad especial aplicable tanto a los servicios de rehabilitación y reparación de viviendas como a la construcción y comercialización de las mismas (por remisión del art. 149 TRLCU). A pesar de que el art. 148 no exige expresamente, a diferencia del art. 149, que los daños causados por la rehabilitación o reparación defectuosa carezcan de cobertura en un régimen legal específico, se debe entender que el consumidor de viviendas rehabilitadas o reparadas sólo puede acudir al régimen establecido en el art. 148 TRLCU cuando el daño causado por el servicio defectuoso no sea indemnizable conforme el régimen de responsabilidad de la LOE.³⁹

3.2.2. Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (arts. 135 y ss. TRLCU)

A pesar de que los bienes inmuebles están excluidos de la definición de producto del art. 136 TRLCU, el precepto incluye dentro del concepto legal a los bienes muebles unidos o incorporados

³⁸ En el mismo sentido, GÓMEZ POMAR (2008, p. 949); GONZÁLEZ CARRASCO (2008, pp. 18 y 19); PARRA LUCÁN (2008, p. 522); y BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ (2008, p. 729).

³⁹ En este sentido, PARRA LUCÁN (2008, pp. 521 a 523) que estima que “no parece razonable concluir que para esta última el propietario de la vivienda puede optar entre exigir la reparación de los daños materiales en la propia vivienda entre el régimen de la LOE y el establecido en el art. 148 del TRLCU, alterando el régimen especial diseñado en la LOE.”

a un inmueble [art. 136 TRLCU,⁴⁰ antiguo art. 2 Ley 22/1994, que sigue al art. 2 Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos⁴¹ (en adelante, Directiva 85/374)]. De este modo se evita la aplicación de las normas relativas a la calificación de inmuebles por destino (art. 334.5º CC) o por incorporación (art. 334.3º y 4º CC).⁴² Por lo que son productos, a efectos del TRLCU, todos los materiales utilizados en la construcción del edificio que se incorporan en el inmueble, incluidos los elementos cuya separación del mismo supongan un menoscabo o deterioro de la obra, como ladrillos, baldosas, cemento, vigas, tejas, tuberías, etc.⁴³

En consecuencia, están sujetos al régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos los daños derivados de defectos en los materiales de construcción de los que responde el productor con independencia de que el inmueble en el que están incorporados sea o no una vivienda.⁴⁴ Con todo, en el supuesto en que la edificación se destine a vivienda, el régimen de responsabilidad por productos (arts. 135 a 146 TRLCU) concurre con el de responsabilidad por defectos en la vivienda (art. 149 TRLCU), pues si el bien mueble incorporado a un inmueble es defectuoso también lo es, por extensión, la vivienda en el que se halla unido. Este conflicto de normas debe solucionarse, siguiendo a GÓMEZ POMAR (2008, p. 949), a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad de producto, ya que el art. 149 TRLCU crea, con posterioridad a la fecha de notificación de la Directiva 85/374, un régimen de responsabilidad especial que se basa en el mismo fundamento que la responsabilidad de producto, la existencia de un defecto.

La regulación de la responsabilidad por producto defectuoso de los arts. 128 a 146 TRLCU, que procede de la Directiva 85/374 transpuesta en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 22/1994, es de carácter excluyente.⁴⁵ Según reiterada jurisprudencia del TJCE,⁴⁶ aunque de conformidad con el art. 13 Directiva 85/374 los Estados Miembros podían conservar regímenes

⁴⁰ Según el art. 136 TRLCU “[a] los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad.”

⁴¹ DOCE núm. L 210, de 7.8.1985.

⁴² SEUBA TORREBLANCA (2008, pp. 124 y 125).

⁴³ En esta línea, el art. 15.2 LOE define producto de construcción como “aquel que se fabrica para su incorporación permanente en una obra incluyendo materiales, elementos semielaborados, componentes y obras o parte de las mismas, tanto terminadas como en proceso de ejecución”.

⁴⁴ Un resumen de toda la jurisprudencia sobre materiales de construcción defectuosos puede verse en GRUPO DE RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO (2008, pp. 1034 a 1040).

⁴⁵ GÓMEZ POMAR (2008, pp. 855 y ss.).

⁴⁶ SSTJCE, todas ellas de 25 de abril de 2002 — *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa* (C-52/00), *Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica* (C-154/00), y *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana, S.A.* (C-183/00) —.

especiales de responsabilidad por defecto en los productos existentes en el momento de la notificación de la Directiva,⁴⁷ con posterioridad, sólo pueden imponer otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual que se sustenten en fundamentos diferentes de los del régimen comunitario de responsabilidad por productos, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa.

3.3. Relación con la responsabilidad contractual y extracontractual del Código Civil (art. 128, 2º párrafo, TRLCU)

El art. 128, 2º párrafo, TRLCU deja a salvo otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad del comprador o comitente con la vivienda o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa o de obra, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar. De manera que la acción que reconoce el art. 149 TRLCU no excluye otras pretensiones que el afectado pueda tener contra el promotor y el constructor por responsabilidad contractual o extracontractual, que a diferencia del precepto comentado no están sometidas a un límite cuantitativo a la indemnización.

En especial, la víctima de los daños causados por defectos de la vivienda deberá acudir a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual si quiere obtener el resarcimiento de los daños excluidos del ámbito de protección de la LOE y del art. 149 TRLCU, específicamente, los daños morales así como los daños materiales en bienes, distintos a la propia vivienda, destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial.

3.3.1. Responsabilidad contractual

En el contrato de obra, el comitente puede exigir al contratista la reparación de los daños causados por incumplimiento contractual cuando el edificio presente vicios o defectos constructivos mediante la acción de cumplimiento y, en los casos en que el incumplimiento sea cualificado, la resolución del contrato (art. 1124 CC), durante el plazo de 15 años (art. 1964 CC). Además, si intervino culpa o negligencia del contratista o de las personas que ocupó en la obra procede la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 1101 y 1596 CC).⁴⁸

En el ámbito del contrato la compraventa, el comprador de la vivienda que sufra daños producidos por vicios o defectos constructivos puede ejercitar acción por incumplimiento contractual. Bien por las acciones generales que el ordenamiento jurídico concede por

⁴⁷ El art. 13 Directiva 85/374 establece que " [l]a presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva."

⁴⁸ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO (2008, pp. 416 a 419).

incumplimiento (arts. 1.101 y 1.124 CC), o bien mediante la específica del saneamiento por vicios ocultos (art. 1.484 CC).

3.3.2. Responsabilidad extracontractual

Cuando personas distintas de los compradores y el comitente de la obra sufran daños como consecuencia de vicios y defectos en una vivienda pueden obtener el resarcimiento de algunos de ellos con base en el art. 149 TRLCU, pero en todo caso pueden acudir a las acciones de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 CC y ss. CC, cuyo ejercicio el art. 128, 2º párrafo, TRLCU deja a salvo.

4. Conclusiones

El art. 149 TRLCU carece de un precedente explícito en nuestro ordenamiento jurídico, pero su régimen jurídico puede deducirse del antiguo art. 28 LGDCU aplicable a los bienes inmuebles. El cambio de régimen jurídico del nuevo artículo respecto del de la ley refundida, la LGDCU, en el sentido de limitar su ámbito de aplicación a los inmuebles destinados a vivienda, supone un exceso del Gobierno en el ejercicio de la delegación legislativa. Asimismo, la aplicación de las disposiciones generales en materia de responsabilidad del Libro III del TRLCU a aquellos supuestos cubiertos por el art. 149 TRLCU también podría suponer una alteración sustancial del régimen legal vigente con anterioridad a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007.

Entre los aspectos positivos del art. 149 TRLCU, destaca la protección a “todo perjudicado” por los daños derivados de defectos en la vivienda, con independencia de su condición de consumidor (art. 128.1 TRLCU). Asimismo, a diferencia de la LOE, exige a los sujetos responsables que actúen en el marco de una actividad empresarial, por lo que se excluye al autopromotor individual y el colectivo agrupado en comunidades de propietarios, pero incluye a las cooperativas de viviendas y a las gestoras o promotoras de comunidades de propietarios y de cooperativas de viviendas cuando intervengan de manera decisoria en el proceso de construcción.

El art. 149 TRLCU mejora la protección de los perjudicados, sobretudo de los que carecen de vinculación contractual con el constructor o promotor, por daños causados por defectos de la vivienda que tras la entrada en vigor de la LOE quedaron desprotegidos por la reducción considerable del abanico de daños indemnizables respecto de los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró incluidos en el art. 1591 CC. No obstante, el precepto no pretende restablecer el antiguo régimen de responsabilidad por ruina pues existen tres grandes limitaciones a los daños indemnizables: sólo se aplica a viviendas, excluye los daños morales y los materiales en bienes no destinados a uso privado y la indemnización está limitada cuantitativamente.

Por último, el promotor y constructor profesionales no responden por el régimen de responsabilidad del art. 149 TRLCU cuando los daños causados por defectos de la vivienda: 1) estén cubiertos por el régimen de responsabilidad del art. 17.1 LOE, o 2) tengan su origen en un defecto en los materiales de construcción incorporados al edificio, en cuyo caso se aplica el régimen de responsabilidad por daños causados por productos, que tiene carácter excluyente (arts. 135 y ss. TRLCU). En todo caso, el perjudicado por daños causados por defectos en la vivienda puede ejercer las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual que el art. 128, 2º párrafo, TRLCU deja a salvo y, en especial, deberá hacerlo si quiere obtener el resarcimiento de los daños excluidos del ámbito de protección de la LOE y del art. 149 TRLCU, que son los daños morales así como los daños materiales en bienes, distintos a la propia vivienda, destinados por el perjudicado a un uso profesional o empresarial.

5. Bibliografía

Juan Manuel ABRIL CAMPOY (2003), “La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et alli* (comité organizador) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de obligaciones, pp. 1233 a 1250.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1992), “Artículo 28”, en Rodrigo BERCOVITZ y Javier SALSAS (Coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, pp. 713 a 727.

José Manuel BUSTO LAGO, Natalia ÁLVAREZ LATA, Fernando PEÑA LÓPEZ (2008), *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Juan CADARSO PALAU (1996), “Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra”, *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y de obra*, ed. Adhara, S.L., Jaén.

Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO, Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2008), *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, 6ª ed, Editorial Dilex, S.L., Madrid.

Ángel CARRASCO PERERA (2000), “La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1.591 Código civil?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 454, pp. 2-6.

--- (2008), “Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Aranzadi Civil*, núm. 1, pp. 2215 a 2225.

Encarna CORDERO LOBATO (2005), "Artículo 17. Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación", en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed, Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 293 a 346.

--- (2005), "Artículo 9. El promotor", en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 3ª ed, Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 197-212.

Jesús ESTRUCH ESTRUCH (2005), *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (2008), *Curso de Derecho Administrativo. I*, Thomson-Civitas, 14ª ed., Cizur Menor.

Fernando GÓMEZ POMAR (2008), "Capítulo IX. Ámbito de protección de la responsabilidad de producto", Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (editores) *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, Cizur Menor, pp. 657 a 718.

--- (2008), "Capítulo XIII. Relación con otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual", Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (editores) *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, Cizur Menor, pp. 853 a 894.

Mª del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2008), "La contratación inmobiliaria con consumidores", *Centro de Estudios de Consumo*, disponible en www.cesco.es.

GRUPO DE RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO (2008), "Anexo III. Guía de jurisprudencia de responsabilidad de producto", en Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (editores) *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, Cizur Menor, pp. 979 a 1111.

Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU (2005), "La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios", en María José REYES LÓPEZ (coord.) *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 197 a 216.

--- (2008), "¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido de la LGDCU", *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2008, pp. 78 a 111.

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (2007), *Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación*, Lex Nova, 3ª ed., Valladolid.

María Luisa MORENO-TORRES HERRERA (2002), "Capítulo X. Panorama general de las acciones utilizables por los sujetos afectados por vicios o defectos constructivos", José Manuel RUIZ-RICO RUIZ y María Luisa MORENO-TORRES HERRERA (coord.) *La Responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, Granada, pp. 323 a 334.

Antoni ORTI VALLEJO (2006), "La responsabilidad civil en la edificación", *Tratado de Responsabilidad Civil*, en Luis Fernando REGLERO CAMPOS (Coor.), 3ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 1849-1892.

--- (2008), "La responsabilidad civil en la edificación", *Tratado de Responsabilidad Civil*, en Luis Fernando REGLERO CAMPOS (Coor.), Tomo II, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 1125-1187.

Mª Ángeles PARRA LUCÁN (2008), "Capítulo XI. Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos", en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. Parte especial primera, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 421 a 556.

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA (2001), "El verdadero debate jurídico que hoy plantea la Ley de Ordenación de la Edificación: la necesidad de clarificar el panorama legal de acciones de responsabilidad por daños de la construcción de edificios", *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 1 a 10.

--- (2003), "Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ *et alli* (comité organizador) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de obligaciones, pp. 1201 a 1232.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2002), *Principios de derecho administrativo General I*, Centro de Estudios Ramón Areces, 4ªed, Madrid.

Pascual SALA SÁNCHEZ (2008), "Capítulo X. El artículo 1.591 del Código Civil y la Ley de Ordenación de la Edificación", *Derecho de la Edificación*, en Román GARCÍA VARELA (Coord.), 4ª ed., Bosch, Barcelona, pp. 561-571.

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA (2008) "Capítulo III. Concepto de producto", *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, Cizur Menor, pp. 105-133.

Paloma TAPIA GUTIÉRREZ (2000), "La protección de los consumidores y la Ley de Ordenación de la Edificación", *El Consultor Inmobiliario*, núm. 8, diciembre de 2000.